

Capítulo V

EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Su objeto es el estudio del ejercicio de la función administrativa

Según se verá más adelante, un elemento de síntesis que refleja el primer objeto de estudio de esta rama del derecho es “el ejercicio de la función administrativa”. Esta perspectiva de síntesis abarca:

El estudio del *sujeto* que ejerce dicha función o sea la administración pública centralizada y descentralizada, a través de sus *órganos* jurídicos (con los consiguientes principios de competencia, jerarquía, delegación, etc.), de los *agentes* que se desempeñan en esos órganos, y estructurada en forma de administración central (centralizada o desconcentrada), o descentralizada (entes autárquicos, empresas del Estado, sociedades anónimas con participación parcial o total del Estado, etc.), con más la figura del ente independiente regulador de servicios públicos que dimana del artículo 42 de la Constitución.

También puede a veces la función pública ser delegada o atribuida a personas no estatales, y aparece en ese caso el fenómeno de las personas *públicas no estatales* (algunas sociedades de economía mixta, corporaciones profesionales, etcétera), o a personas que ejercen un monopolio o privilegio para la explotación de un servicio público, aspecto en el cual entran también dentro del objeto del estudio del derecho administrativo.

Forman parte del ejercicio de la función administrativa el estudio de las *formas jurídicas* que dicho ejercicio presenta, es decir, los hechos, actos, contratos y reglamentos administrativos, el procedimiento administrativo, la licitación pública, las audiencias públicas, los servicios públicos; el análisis de algunas falsas *facultades*, “potestades”,¹ o seudo “poderes” que se le atribuyen por parte de la doctrina: “potestad jurisdiccional de la administración”, “poder de policía”, “zona de reserva de la administración”, “actos de gobierno”, etcétera.

Es indispensable el estudio de los *límites* sustantivos y adjetivos de tales facultades, como contrapartida necesaria al ejercicio del poder en un Estado de Derecho. Entre los límites sustantivos cabe mencionar los principios jurídicos superiores del orden constitucional y supraconstitucional: razonabilidad, no desviación de poder, imparcialidad, buena fe, no autocontradicción, adecuación de medio a fin, sustento fáctico suficiente, motivación adecuada, procedimiento regular previo a la emisión del acto, etc.

Entre los límites adjetivos o procedimentales encontramos los recursos y remedios del procedimiento administrativo (recursos de reconsideración o revocatoria, jerárquico, jerárquico menor, alzada, reclamación administrativa previa, denuncias, etc.), y las acciones y recursos del proceso judicial (acción ordinaria, acción de amparo, amparo por derechos de incidencia colectiva, amparo por mora de la administración, *habeas data*, interdictos, recursos especiales de apelación; en el orden provincial, acciones de plena jurisdicción, de anulación, de interpretación, etc.); por último, la sanción por el agravio causado, a través de la responsabilidad de los funcionarios públicos (civil, penal, administrativa, política) y del Estado (responsabili-

^{1.1} En general, es en este ámbito de los poderes del Estado donde se encuentran las teorías de más dudoso carácter científico. Para una crítica del concepto de “potestades” en general, ver DROMI, *Instituciones de derecho administrativo*, op. cit., ps. 173 y ss.

dad extracontractual por hechos y actos ilícitos de sus agentes). A ello cabe agregar la intervención que pueda tomar el Defensor del Pueblo en virtud de la legitimación constitucional que le otorga el artículo 86 para actuar en justicia, sin perjuicio de sus funciones como mediador o persuasor ante las autoridades públicas y los particulares que ejercen funciones administrativas públicas.

Es también de interés el estudio de los *medios materiales* puestos a disposición de esa actividad, a través del crédito público, el dominio público y privado del Estado: en general, el estudio de la propiedad en su relación con la función administrativa, sea a través de la propiedad pública, sea a través de las limitaciones que el Estado impone a la propiedad privada (meras restricciones, servidumbres administrativas, ocupación temporánea, expropiación, etc.), sea a través de vinculaciones contractuales de contenido económico (los contratos administrativos).

En suma, el estudio del “ejercicio de la función administrativa” es comprensivo no sólo del *quién* ejerce la función, sino también del *cómo* y con *qué fundamento*, con *qué medios* y fundamentalmente *hasta dónde*, con qué limitaciones se la ejerce.

2. *La protección judicial contra el ejercicio de la función administrativa*

Si bien acabamos de decir que los elementos que integran la disciplina no deberían en principio ser incluidos en la definición de ésta, sino que debería buscarse una expresión que pudiera servir de síntesis a todos ellos, existen razones de otra índole que justifican aislar a uno de esos elementos y elevarlo a la categoría de caracterización conceptual de la materia.

Nos referimos a los *límites* de la actividad administrativa, y dentro de éstos en particular a la *protección judicial* del particular frente a la administración y los que ejercen poder económico de carácter monopólico. La protección judicial existe hoy

en día no solamente en el plano nacional sino también en el plano supranacional, por ejemplo a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y demás tribunales supranacionales que puedan crearse en el siglo XXI.

Uno de los pilares esenciales de la temática del derecho administrativo es así la protección del particular contra el ejercicio irregular o abusivo de la función administrativa;¹ si relegáramos este problema a ser uno de los aspectos secundarios de la disciplina, estaríamos quitándole a ésta una de sus notas características en el Estado de Derecho, y por lo tanto su diferenciación con las normas administrativas totalitarias.

Es, pues, muy importante destacar que el problema central de esta materia no es la administración pública (su organización, sus actos, sus facultades, etc.), sino su contraposición frente a los derechos individuales de los habitantes. El derecho administrativo debe estar orientado hacia el estudio de los derechos individuales y en definitiva de la libertad humana, y su protección contra el ejercicio abusivo o ilegal de la función administrativa debe transformarse en una de sus más trascendentes finalidades. Debe quitársele al derecho administrativo su apariencia de disciplina interesada casi exclusivamente en la administración pública y sus fines y dársele en cambio una estructura externa y conceptual que claramente represente su búsqueda consciente y constante de un equilibrio razonado entre el individuo y el Estado.

^{2.1} En igual sentido en cuanto al carácter esencial de la revisión judicial, especialmente de constitucionalidad de todos los actos estatales, incluidas las leyes, BREWER CARÍAS, ALLAN R., *Estado de derecho y control judicial*, INAP, Alcalá de Henares, Madrid, 1987, p. 9. Ver también TAWIL, GUIDO SANTIAGO, *Administración y justicia*, 2 vols., Depalma, Buenos Aires, 1993; MARTÍN-RETORTILLO Y BAQUER, LORENZO, *Bajo el signo de la Constitución*, IEAL, Madrid, 1983; *Administración y Constitución*, IEAL, Madrid, 1981. Comparar en cambio un enfoque diverso en GUASTAVINO, ELÍAS P., *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, 2 vols., Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1989.

Asimismo, ha de advertirse que se habla aquí de protección *judicial* y no “jurisdiccional” como lo indican otras definiciones,² las que se refieren más particularmente a la protección que existe dentro del mismo ámbito de la administración pública, en especial “lo contencioso-administrativo”. En rigor de verdad, tales definiciones son correctas para un sistema como lo es por ejemplo el francés, en que las contiendas entre los particulares y la administración son resueltas en forma definitiva por un tribunal emanado de la misma administración, que es el Consejo de Estado, pero no lo son para un sistema judicial como el nuestro, en que tales contiendas son siempre resueltas en última instancia por el Poder Judicial,³ sin perjuicio de que existan medios complementarios —no sustitutivos— de contralor.⁴

Lo expuesto no empece otros medios de tutela de los derechos de los particulares frente a los abusos de los titulares del poder político o económico: entes reguladores independientes, el Defensor del Pueblo, tribunales administrativos que dejen abierta la plena revisión judicial, mecanismos de arbitraje o mediación, etc.

3. *El contenido de la protección judicial*

Al tratarse de la protección judicial de los individuos contra el ejercicio ilegal o abusivo del poder de la administración, no

^{2.2} BIELSA, RAFAEL, *op. cit.*, ps. 39 y ss.

^{2.3} Ello en virtud de los artículos 18 (garantía de la defensa en juicio) y 109 (prohibición al Poder Ejecutivo de ejercer funciones judiciales) de la Constitución. Ver también BOSCH, JORGE TRISTÁN, *Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública*, Buenos Aires, 1951.

^{2.4} *Supra*, capítulo I, punto 5; nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Ed. Civitas, Madrid, 1982. Entre las definiciones que siguen el criterio expuesto en el texto encontramos, menos enfático, a REVIDATTI, GUSTAVO A., *Derecho administrativo*, t. 1, ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1984, *op. cit.*, p. 130.

se incluye en su totalidad el *procedimiento* que debe seguirse ante el Tribunal Judicial al impugnarse un acto, hecho u omisión administrativa, pues ello forma parte del derecho procesal.¹ Se estudia en cambio, preferentemente, aquello en que tal protección judicial difiere de la que el juez otorga habitualmente a un particular frente a otro.

3.1. Así es como se pueden impugnar y anular actos de la administración que no hayan contravenido una norma jurídica positiva, pero sean arbitrarios, irrazonables, incausados, desviados, de mala fe, etcétera.

Sin perjuicio de que lo anteriormente señalado es una caracterización importante del sistema del derecho administrativo, la propia legislación positiva reconoce ya estos principios, como ocurre con el artículo 7º del decreto-ley 19.549/72, que consagra la prohibición legal de la desviación de poder y la desproporcionalidad, tipificándolos como vicios del acto administrativo.

3.2. Así es también como debe crearse un remedio judicial que permita impugnar un acto administrativo, aunque no afecte los derechos subjetivos del recurrente sino incluso sus intereses legítimos o difusos; esta protección existe en algunos países (clásicamente, Francia) y también en algunas provincias argentinas, en forma limitada (Córdoba, Jujuy, etc.), o amplia (Formosa, Corrientes, Mendoza, etc.), pero no existe en el orden nacional,² salvo en materia de medio ambiente³ y dere-

^{3.1} GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1955, t. I, ps. 125 y ss.; ULE, CARL HERMAN, *Verwaltungsprozessrecht*, 2ª ed., Munich y Berlín, 1961, ps. 14 y ss.; comparar DIEZ, MANUEL MARÍA, *Control judicial de la administración. El proceso administrativo*, "Revista Argentina de Derecho Administrativo", Buenos Aires, 1971, n° 1, ps. 11 y ss., p. 16.

^{3.2} Ver al respecto nuestro artículo *Acerca de la revisión judicial de los actos administrativos (Confusiones que origina "lo contencioso-administrativo")*, en "Revista Jurídica de Buenos Aires", 1965-III, ps. 111 y ss.

^{3.3} Artículo 41 de la Constitución nacional.

chos de incidencia colectiva en general. La tendencia que se viene observando es hacia la ampliación de la legitimación para acudir a la justicia en defensa de los derechos afectados por el poder político o económico.

3.3. Del mismo modo, el juez en materia administrativa debe extremar su cuidado en proteger los derechos del particular frente a la administración; y esto es importante recordarlo, pues “los jueces de esos tribunales parecerían olvidar que tal tipo de jurisdicción se implanta, no para proteger al Estado contra el individuo, sino al individuo contra el Estado”.⁴

3.4. El juez tiene la misión de hacer respetar la Constitución por encima y a pesar del legislador y del administrador, pues “Las disposiciones constitucionales establecidas en garantía de la vida, la libertad y la propiedad de los habitantes del país, constituyen restricciones establecidas *principalmente contra las extralimitaciones de los poderes públicos*”.⁵

3.5. Debe tenerse presente que en nuestra interpretación (que es la americana en general) de la división de los poderes, corresponde al Poder Judicial el control de la actividad administrativa, a diferencia del sistema francés en que se considera que, en virtud de dicha división de poderes, no corresponde que la justicia controle la actividad administrativa. De aquel principio se desprende la importante función del juez, como contrapeso fundamental de la administración pública.

De esta corta enunciación de razones que otorgan especial realce al contenido y alcance que la protección judicial tiene en el derecho administrativo, se desprende la necesidad de elevarla a la categoría de elemento fundamental de la disciplina. *No habrá derecho administrativo propio de un Estado de Derecho, mientras no haya en él una adecuada protección judicial*

^{3.4} LINARES, JUAN FRANCISCO, *Lo contencioso-administrativo en la Justicia Nacional Federal*, “La Ley”, t. 94, p. 929.

^{3.5} Corte Suprema, *Fallos*, t. 137, p. 254, *Salazar de Campo*, 1922.

de los particulares contra el ejercicio ilegal o abusivo de la función administrativa.

Como dice ADAMOVICH,⁶ el control de la legalidad⁷ de la actividad administrativa, por órganos estrictamente judiciales, independientes, es fundamental en la materia: “En esta especial relación de la Administración como objeto del control, y de la Justicia como órgano de control, encuentra el moderno Estado de Derecho el medio más eficaz para ... el aseguramiento del principio de la legalidad de la Administración”. Ya recordamos también anteriormente la opinión de BODENHEIMER, quien da carácter fundamental a la función de control en el derecho administrativo, a punto tal que sostiene: “Debe definirse el *Derecho administrativo como el Derecho que se refiere a las limitaciones puestas a los poderes de los funcionarios y corporaciones administrativas*”.⁸

“Esta rama del Derecho tiene como misión *salvaguardar los derechos de los individuos y grupos frente a invasiones indebidas por parte de los órganos administrativos*. Determina y circunscribe la esfera de acción dentro de la cual deben operar los órganos administrativos; indica también los remedios que quedan abiertos a los ciudadanos o habitantes en caso que el órgano administrativo trascienda su esfera de acción: el control ejercido por los tribunales de justicia sobre los órganos administrativos está destinado, sobre todo, a impedir, prevenir o remediar cualquier violación de los derechos individuales por actos administrativos. La delimitación de esta área de control es, por tanto, una de las funciones más esenciales del Derecho administrativo”.⁹

^{3.6} ADAMOVICH, LUDWIG, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, 5ª ed., Viena, 1954, t. I, p. 138.

^{3.7} Se trata no solamente del cumplimiento de la ley sino también de la Constitución y demás normas y principios jurídicos supranacionales y constitucionales, principios generales del derecho, etc. Al respecto nos remitimos a los capítulos VI y VII.

^{3.8} BODENHEIMER, EDGAR, *Teoría del derecho*, México, 1964, p. 116.

^{3.9} *Op. cit.*, p. 117.

Por eso no compartimos una crítica que se ha hecho a nuestra definición, señalándonos que no sería posible disociar el estudio del contenido y del procedimiento en la protección judicial del particular, para llegar así a la conclusión de que, puesto que el procedimiento no forma parte del derecho administrativo, tampoco lo formará el contenido de la protección judicial;¹⁰ no la compartimos porque cuando hablamos del “contenido” de la protección judicial no nos referimos exclusivamente a la “teoría de las acciones”, sino a la manera en que el sistema judicial influye o debe influir sobre el derecho de fondo.

No es lo mismo para el derecho administrativo que sólo exista un tribunal desprendido de la propia administración pública, o también un tribunal judicial para resolver las contiendas que se planteen, bajo el control de un Consejo de la Magistratura y un Jurado de Enjuiciamiento que sean independientes y no meros apéndices del Poder Judicial o peor aún, del Poder Ejecutivo; ni que haya jueces en cantidad suficiente o insuficiente; no es lo mismo que se admita o que se niegue la llamada “jurisdicción administrativa”, que se admita o niegue la revisión judicial de los “actos de gobierno”, de la actividad administrativa discrecional, etc.

No es lo mismo que el juez entienda que su deber es proteger a la administración y sus concesionarios o licenciatarios, o en cambio al particular, usuario o consumidor; no es lo mismo que el individuo sólo pueda defender su derecho subjetivo, cuando encuentre una norma positiva expresa, a que pueda defender también su interés legítimo o difuso, especialmente cuando el acto es arbitrario o irrazonable, exista o no una regla concreta que lo autorice o condene. Y así sucesivamente, cada una de estas cuestiones va decidiendo automáticamente, objetivamente, el carácter autoritario o no del derecho administrativo que se define.

^{3.10} MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 147.

Por cierto, la tutela judicial es necesaria y fundamental, pero no suficiente; de allí que deban también perfeccionarse otros órganos y mecanismos complementarios de contralor.¹¹

4. *Es un derecho en formación. Conjeturas y refutaciones*

4.1. *El carácter primario, en formación, etc., del ordenamiento jurídico-administrativo*

Las normas y principios que son objeto de estudio por parte del derecho administrativo no forman, según ya hemos dicho, un verdadero sistema coherente, sino tan solo un conjunto de normas jurídicas positivas, de principios de derecho público y de reglas jurisprudenciales, frecuentemente asistemáticas. En ello juega un papel preponderante la doctrina, que en nuestro país arrastra una inexplicable tendencia a favorecer las teorías cesaristas y no las que enfatizan el control judicial, parlamentario o por entes o autoridades independientes.¹

A diferencia de otras ramas del derecho positivo, no se halla ésta completamente legislada, y por ello debe recurrirse frecuentemente a elaboraciones jurisprudenciales o a principios constitucionales o de derecho supranacional para configurar una institución de derecho administrativo: eso lo torna bastante impreciso, muy librado a disquisiciones, contradicciones y oscuridades doctrinarias, arbitrariedades de los órganos administrativos cuando los jueces no imponen en tiempo oportu-

^{3.11} Nos remitimos a nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1982, y a lo dicho en el capítulo II, puntos 3 a 5.

^{4.1} Hemos expuesto más detalladamente las influencias asistemáticas en el ordenamiento administrativo en el prólogo de nuestra obra *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, 1984, Instituto de Estudios de Administración Local, páginas VII a XVI. En igual sentido CASSAGNE, JUAN CARLOS, *De nuevo sobre los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Revista de Derecho Administrativo, Depalma, n° 19/20, 1995, ps. 298/9.

no la protección de la persona humana; a evoluciones e involuciones.

4.2. *Las conjeturas y refutaciones en la ciencia del derecho administrativo*

Por lo mismo que es un derecho en *formación*, como generalmente se expresa,² o un derecho *joven* o *reciente*, como también se ha dicho,³ no siempre resulta convincente en sus construcciones. Sus hipótesis y conjeturas resultan frágiles ante la contrastación con la experiencia, en la medida que los principios explicados en los libros, como derivación razonada del derecho legislado y aplicado por los tribunales, no llevan a una administración respetuosa de los derechos, y que la arbitrariedad administrativa subsiste a despecho, o al amparo, de las teorías. Nuevas conjeturas e hipótesis son así constantemente necesarias.

A juicio del autor, en esta materia existen muchas construcciones, teorías e “instituciones” que no siempre tienen una base lógica o jurídica fuerte: frente a ellas es necesario adoptar una drástica actitud, un espíritu crítico cartesiano de duda permanente, y estar decidido de antemano a cortar de raíz con aquellas teorías y doctrinas que no tengan un fundamento evidente, y que en la experiencia sirvan para el autoritarismo y no para la libertad.

Conjeturamos que una explicación psicológica de esta peculiaridad del derecho administrativo puede ser una inconsciente tendencia a tratar de crear principios propios y específicos que den un falso color de legitimidad al ejercicio del poder, sea

^{4.2} VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. I, p. 47; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 147; BIELSA, *op. cit.*, 6ª ed., t. I, p. 37; DIEZ, *op. cit.*, t. I, p. 281.

^{4.3} RIVERO, JEAN, *Droit administratif*, París, 1970, p. 27, 10ª ed., 1983, p. 31; CLARKE ADAMS, JOHN, *El derecho administrativo norteamericano*, Buenos Aires, 1964, p. 21; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 148.

éste bien o mal ejercido; que “justifiquen” la existencia autónoma de la materia, frente al derecho común; ⁴ de ese modo el poder ostentar una serie de teorías extrañas es la mejor demostración práctica de que la autonomía existe y de que alguna extralimitación del poder es válida. ⁵ Pero eso queda o debería quedar ⁶ para el pasado; no estando ya en tela de juicio la autonomía científica de la materia, es hora de que madure definitivamente y se despoje del ramaje y la fronda innecesaria, que le impide a veces ver claramente la realidad.

Para superar las observaciones de que es una materia muy “oscura”, “teórica”, “inventada” o muy difícil, nada mejor que atacar directamente las causas de su oscuridad, dificultad, irrealidad, etc.; es necesario entonces tratar de dar fundamentos empíricos lógicos y jurídicos a los principios e hipótesis que se enuncian, y en caso de no encontrarlos, pronunciarse decididamente por la supresión del supuesto principio. ⁷ Es lo que hacemos, por ejemplo, con las conocidas teorías del “poder de policía”, de la “zona de reserva de la administración”, los “actos de gobierno”, la “jurisdicción administrativa”, la “ejecutoriedad”

^{4.4} Véase una aguda comparación práctica entre derecho civil y administrativo, en cuanto a su evolución, en WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht I*, 8ª ed., Munich, 1971, p. 1. Ver también NASS, OTTO, *Reforma administrativa y ciencia de la administración*, Madrid, 1964, ps. 175 y 176, a quien sigue MEILÁN GIL, *op. cit.*, p. 43.

^{4.5} Comparar MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS, *El proceso de la definición de derecho administrativo*, Madrid, 1967, ps. 42 y 43: “Este es el drama íntimo del Derecho administrativo: su innata aspiración a ser un Derecho común, cuando la inestabilidad de su materia le inclina a un carácter de Derecho episódico”.

^{4.6} REVIDATTI, *op. cit.*, ps. 240 y 241: “Así como el Estado..., se forma tras el triunfo que el rey consiguió sobre los señores feudales, a los que debía tributo, y al poder temporal de la Iglesia, al que debía obediencia, así esta nueva disciplina, poco a poco deja de pagar tributo y de rendir obediencia... La separación, por supuesto, nunca fue absoluta”.

^{4.7} O en otras palabras, verificar su falsedad a través de hechos y experiencias que demuestran que tales teorías son sustento de comportamientos autoritarios, excesos, abusos, etc., no censurados ni controlados, que son la antítesis del derecho administrativo.

del acto administrativo, la “doble personalidad” del Estado, las “potestades” administrativas, etcétera.

Si se procede de otro modo, o sea, si se acepta continuar repitiendo las construcciones y conjeturas elucubradas sin base real en el pasado, ⁸ entonces el derecho administrativo estará condenado a seguir siendo una materia esotérica, árida, supuestamente oscura, difícil y compleja, realmente teórica e inmadura, a despecho constante de la realidad, en un falsamiento permanente de sus dogmas. Su madurez intelectual definitiva sólo la alcanzará verdaderamente cuando no sea necesario, en una obra de la materia, ocuparse de tales falsas teorías y principios y pueda omitirse su consideración sin peligro de que el error reaparezca en la mente de los juristas de un mundo libre y un Estado moderno, democrático, constitucional, postfeudal.

Que quede el camino abierto para conjeturas renovadoras, ideas nuevas, contrastaciones.

Como dice POPPER: “No sabemos: sólo podemos adivinar ... Pero domeñamos cuidadosa y austeramente estas conjeturas o ‘anticipaciones’ nuestras, tan maravillosamente imaginativas y audaces, por medio de contrastaciones sistemáticas ... nuestro método de investigación no consiste en defenderlas para demostrar qué razón teníamos; sino, por el contrario, tratamos de derribarlas ...”. ⁹

Agrega más adelante que “... el único medio que tenemos de interpretar la Naturaleza son las ideas audaces, las anticipa-

^{4.8} O peor aún, conjeturas verificables en la realidad del Estado feudal o absolutista, o en recientes gobiernos *de facto*, pero falsas en la contrastación con un Estado moderno y democrático. Comparar REVIDATTI, *op. loc. cit.*

^{4.9} KARL L. POPPER, *La lógica de la investigación científica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1973, ps. 259 y 260; desde luego, estamos reiterando citas ya transcriptas en el capítulo I. Como expresa en igual sentido con su siempre brillante pluma NAVA NEGRETE, ALFONSO, *Derecho Administrativo Mexicano*, F.C.E., México, D.F., 1995, p. 56: “es obra inacabada siempre”.

ciones injustificadas y el pensamiento especulativo: ... los que no están dispuestos a exponer sus ideas a la aventura de la refutación no toman parte en el juego de la ciencia ... La petición de objetividad científica hace inevitable que todo enunciado científico sea provisional para siempre: sin duda, cabe corroborarlo, pero toda corroboración es relativa a otros enunciados que son, a su vez, provisionales”.¹⁰

5. No es solamente derecho interno

Es una afirmación corriente en derecho administrativo que éste o su régimen es interno.¹

5.1. El régimen administrativo internacional

Si bien hace algunas décadas podía haber sido correcto, no creemos ya adecuado expresar que constituye una rama del derecho público *interno*, por cuanto existe hoy en día un régimen administrativo internacional de importancia creciente. Cabe señalar la organización administrativa de los organismos internacionales: ONU, OEA, BID, FMI, etc., en todos los cuales hay un régimen administrativo del *personal*, de las contrataciones, etc., con organismos y jurisdicciones también internacionales de resolución de algunos diferendos de carácter administrativo.² Están también los acuerdos de integración,

^{4.10} POPPER, *op. loc. cit.*

^{5.1} VILLEGAS BASAVILBASO, t. I, *op. cit.*, p. 77; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 149; CRETILLA JÚNIOR, JOSÉ, *Tratado de direito administrativo*, t. I, San Pablo, 1966, p. 182; DIEZ-HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 67. REVIDATTI, *op. cit.*, p. 81; CASSAGNE, *op. cit.*, p. 81, aunque sin embargo puede apuntar un criterio diverso en su artículo citado *infra*, en la nota 29; BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Curso de direito administrativo*, Malheiros Editores, San Pablo, 4° ed., 1993, p. 21.

^{5.2} Ampliar *infra*, tomo 2, 2° edición, capítulo XIV, “La justicia administrativa internacional”; VILLAGRÁN, FRANCISCO, *Teoría general del derecho de integración económica*, Costa Rica, 1969, ps. 165 y ss.; VERGARA ESCUDERO, EDUARDO, *Bases institucionales y jurídicas del mercado común centroamericano*, Santiago de Chile, 1969, ps. 32 y ss.

tales como el incipiente MERCOSUR entre nosotros,³ el NAFTA, la Unión Europea, etc., que en sus distintos estadios dan en mayor o menor medida nacimiento a un derecho comunitario con normas que en gran parte son de derecho administrativo y tribunales igualmente supranacionales.

Si bien en el ámbito de los organismos internacionales se aplica el derecho internacional público, ello no quita pues que tengan también un régimen de derecho administrativo que no es interno a ninguno de los países contratantes, y que tampoco integra estrictamente el derecho internacional público.⁴

Los principios de competencia, jerarquía, deber de obediencia de sus agentes, estabilidad en sus empleos, derechos y deberes del cargo, carrera administrativa, sistemas de retiro, requisitos de validez y competencia de los actos, límites a la discrecionalidad administrativa (sustento fáctico suficiente, adecuación de medio a fin, proporcionalidad, buena fe, etc.) y otras formas del debido proceso adjetivo y sustantivo, control administrativo y jurisdiccional, etc., son todos los propios del derecho administrativo⁵ y no los del derecho internacional.⁶

A ello cabe agregar el progresivo dictado de normas supranacionales que contienen elementos de derecho administrati-

^{5.3} Ver CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El Mercosur y las relaciones con el derecho interno*, "La Ley", 2º de junio de 1995.

^{5.4} Ver IPSEN, HANS PETER, *Deutsche Verwaltung und europäische Wirtschaftsintegration*, en la revista "Die öffentliche Verwaltung", Stuttgart, 1968, números 13/14, ps. 441 y ss. Comparar *supra*, capítulo II, punto 3.1, e *infra*, capítulo V, número 9.

^{5.5} Ver VELASCO, EUGENIO, *Los tribunales administrativos en general y el del Banco Interamericano de Desarrollo en particular*, Washington, 1985, cap. II, ps. 16 y ss., y la bibliografía de las ps. 36 a 39.

^{5.6} Algunos autores distinguen entre Derecho administrativo internacional y Derecho internacional administrativo. Así REVIDATTI, *op. cit.*, ps. 80 y 81; pero no parece posible negar la existencia del primero por afirmar la del segundo.

vo, por ejemplo en materia de tutela del medio ambiente, ⁷ derecho comunitario, ⁸ derecho del mar, ⁹ etc.

Por tales motivos nos inclinamos por no hacer la limitación antedicha en la definición de la materia, máxime cuando una creciente tendencia del mundo hacia la integración subregional, regional y mundial hace cada vez más importante el mentado aspecto internacional de la disciplina.

5.2. *El régimen supranacional de garantías individuales*

Donde más claramente se advierte que el derecho administrativo no es meramente derecho interno, es en la existencia y aplicabilidad de un régimen internacional o supranacional de garantías individuales y libertades públicas, como es el contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La ratificación de dicha Convención por nuestro país, y nuestro igual sometimiento a la jurisdicción internacional de la Corte Interamericana, con más su expresa inclusión constitucional en 1994, es clara demostración de que rigen en nuestro país principios y normas de derecho administrativo de carácter supraconstitucional y supranacional, ¹⁰ que son una de sus bases elementales, ¹¹ de aplicación operativa y directa; ¹² más

^{5.7} Ver AMAN JR., ALFRED C., *Administrative Law in a Global Area*, Cornell University Press, Ithaca, New York, 1992, ps. 131 y ss.

^{5.8} CARTOU, LOUIS, *L'Union européenne*, Dalloz, París, 1994, ps. 87 y ss.; ISAAC, GUY, *Droit Communautaire général*, ed. Masson, París, 1983.

^{5.9} ROZAKIS, CHRISTOS L., y STEPHANOU, CONSTANTINE, A. (editores), *The New Law of the Sea*, ed. North-Holland, Amsterdam, 1983.

^{5.10} En el plano europeo, SÁNCHEZ MORÓN habla de un derecho internacional de los derechos humanos; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y otros, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1983, p. 27.

^{5.11} GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 15, destaca “un estándar mínimo y común de libertad en todo el espacio europeo, por encima tanto de Estados y regímenes políticos, como, sobre todo, en el orden práctico, de sistemas y tradiciones jurídicas”.

^{5.12} GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 16, recuerda su “valor en derecho interno”.

aún, nuestra Corte Suprema ha reconocido la obligatoriedad de la jurisprudencia internacional, incluidas las opiniones consultivas.

5.3. *El régimen supranacional contra la corrupción*

Cabe igualmente reiterar la importancia de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que tiene diversas normas y principios operativos. Reconoce la jurisdicción de otros países sobre hechos acaecidos en nuestro territorio (artículo V), del mismo modo que lo hace el tratado contra la tortura (artículo 5º). Su expresa vinculación de corrupción, crimen organizado y narcotráfico debe así ser un llamado de atención para quienes incurran en tales hechos, ya que los tribunales norteamericanos, por ejemplo, han comenzado a juzgar hechos de soborno transnacional ocurridos fuera de su país, al igual que admiten, en asuntos vinculados al narcotráfico, el principio *male captus, bene detentus*.¹³

6. *Otros criterios excluidos*

6.1. *No se refiere exclusivamente a la administración pública*

Algunas definiciones antiguas¹ y otras modernas² consideran que el derecho administrativo estudia la actividad de la administración pública, o lo que es lo mismo, del Poder Ejecutivo y sus órganos dependientes. Sin embargo, la mayor parte

^{5.13} Que explicamos *infra*, capítulo VI, punto 1.4.2 y notas, con sus remisiones a los casos *Weltover* y *Alvarez Machaín* de 1992.

^{6.1} SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1903, p. 38; SARRÍA, FÉLIX, *Derecho Administrativo*, 4ª ed., Córdoba, 1950, p. 50.

^{6.2} DIEZ, *op. cit.*, t. I, ps. 263 y ss.; ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, vol. I/1, 9º ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 29.

de la doctrina amplía el campo del derecho administrativo al estudio objetivo de toda la actividad de tipo administrativo, sea o no realizada por órganos administrativos.³ En la actualidad, con el retorno al sistema de servicios públicos privatizados, han aumentado las razones para no utilizar aquellos criterios orgánicos como definitorios.

La cuestión está supeditada al criterio que se adopte al definir qué es la función o la actividad administrativa: si se interpretara que sólo el Poder Ejecutivo y sus órganos dependientes realizan actividad regida por el derecho administrativo, entonces es coherente definir a este último de ese modo. En cambio, si se acepta que también los Poderes Legislativo y Judicial realizan la actividad de tipo administrativa sujeta a los principios de esta disciplina, la conclusión contraria es inevitable. No podrá sostenerse que haya actividad administrativa de estos poderes regida por los principios del derecho administrativo y no comprendida, sin embargo, en la definición de este último.⁴

En consecuencia, el derecho administrativo no sólo estudia la actividad del *órgano* administración pública, sino más bien el total de la *actividad* de índole administrativa, sea que la realice el órgano administrativo o los órganos Poder Judicial o Poder Legislativo, e incluso las personas no estatales en cuanto ejercen poderes públicos. Este último es el caso de los concesionarios o licenciatarios de poderes monopólicos o exclusivos

^{6.3} CASSAGNE, *op. cit.*, p. 81; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 6º edición, Madrid, Civitas, 1993, p. 42; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, t. I, 11º ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 114; PARADA, RAMÓN, *Derecho administrativo*, t. I, 2º ed., Marcial Pons, Madrid, 1990, p. 10; BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *Derecho administrativo*, 9º ed., Civitas, Madrid, 1992, ps. 82 y ss.; COSCULLUELA MONTANER, LUIS, *Manual de derecho administrativo*, 5º ed., Civitas, Madrid, 1994, p. 47.

^{6.4} Acerca del problema de si existen o no actividades de los otros poderes regidos por el derecho administrativo, ver lo que desarrollamos *infra*, capítulo IX.

otorgados por el Estado. Para ser congruentes con el sistema constitucional deben ser interpretados restrictivamente, bajo el principio de que en la duda debe estarse a favor del usuario. Esto es materia de derecho administrativo, como todo lo demás establecido al respecto en el artículo 42 de la Constitución. Lo mismo ocurre con el derecho a un medio ambiente sano, claro principio de derecho administrativo establecido en el artículo 41, que es oponible tanto a las administraciones públicas como a los particulares que lo lesionen, incluso mediante la acción de amparo por los derechos de incidencia colectiva, a tenor del artículo 43.

6.2. *No sólo estudia las relaciones de la administración pública*

Aun tomando al concepto de administración pública en sentido amplio —abarcando todo órgano que ejerza función administrativa, sea él o no órgano administrativo—, no será suficiente con indicar que el derecho administrativo estudia las relaciones “entre los entes públicos y los particulares o entre aquéllos entre sí”,^{6.5} porque también estudia la organización interna de la administración, su estructura orgánica y funcional, y los medios de la actividad administrativa y la forma que ella adopta.⁶

Por tales razones se prefiere denominar al derecho administrativo en el sentido que abarca “la estructura y el funcionamiento de la administración y el ejercicio de la función administrativa”,⁷ o “la organización y la actividad de la adminis-

^{6.5} VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. I, p. 77.

^{6.6} ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, 8ª ed., Milán, 1958, ps. 26 y 27: “la parte del derecho público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de actividad de la administración pública y las consecuentes relaciones jurídicas entre la misma y los demás sujetos”.

^{6.7} SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 21.

tración pública”,⁸ o “la organización y el funcionamiento de la administración pública, así como la regulación de las relaciones interorgánicas, interadministrativas y las de las entidades administrativas con los administrados”.⁹

Estas definiciones, sin embargo, pecan en parte por exceso y en parte por insuficiencia. Son excesivas en cambio enumeran los dos elementos en cuestión —organización administrativa y relaciones— lo que puede parecer un poco superfluo si se tiene en cuenta que dado que la organización administrativa hace al estudio del sujeto u órgano que ejerce la función administrativa, se puede abarcar ambos elementos diciendo que el derecho administrativo *estudia el ejercicio de la función administrativa*.

En esta tesitura, hemos sostenido que no es necesario aclarar expresamente que dentro del “ejercicio de la función administrativa” se incluye el estudio del órgano que la ejerce, pues dicha inclusión es obvia.¹⁰ En efecto, si no resultara claro que hablar de la actividad administrativa presupone también la consideración de la organización administrativa, *a pesar de que el autor lo diga expresamente*, entonces nada es suficiente: en tal actitud sería necesario hacer una enumeración de todas las cosas que el derecho administrativo comprende, ya que muy pocos las captarían por sí mismos en forma directa de la definición. Habría que señalar entonces que el derecho administrativo estudia la “estructura administrativa, la organización centralizada y descentralizada, la función pública, el acto administrativo, los reglamentos, los contratos administrativos, el procedimiento administrativo, la responsabilidad del Estado, el dominio público, las limitaciones a la propiedad privada ...”, etc., lo que no sería conveniente.

^{6.8} DIEZ, *op. cit.*, t. I, p. 264.

^{6.9} MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 149.

^{6.10} Lo sostuvimos en *Introducción al derecho administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, 1962, p. 46.

La definición de una disciplina debe buscar un elemento de síntesis que en lo posible pueda ser comprensivo de todas las partes que la componen, y no por buscar mayor claridad debe caer en la mera enumeración. Justamente, la definición será una síntesis que por sí sola es insuficiente para el conocimiento de la materia, y que debe ser completada con los demás elementos que proporcionará la lectura de la obra.

Si, en consecuencia, los autores que incluyen la “organización” como un elemento *conceptual* del derecho administrativo, además de las “relaciones” administrativas, no están dispuestos a agregar todos los demás elementos mencionados (contratos, función pública, responsabilidad, etc.), entonces tales definiciones o son insuficientes o tienen exceso al enumerar en el concepto lo que no constituyen sino elementos particulares, y no ciertamente los fundamentales de la disciplina.

6.3. *No se refiere principalmente a los servicios públicos*

Ese conjunto de normas y principios no se refiere exclusivamente a la creación y gestión de los *servicios públicos*, sino que abarca a toda la *función administrativa*, trátase o no de servicios públicos: la función pública, los contratos administrativos, la responsabilidad del Estado, el dominio público, etc., son materia del derecho administrativo a pesar de no tener una conexión necesaria con la institución y funcionamiento de los servicios públicos. Con todo, es de reconocer que a fines del siglo XX los servicios públicos privatizados ocuparon el centro de la escena política y jurídica.

Por ello puede considerarse de interés, en ese aspecto, la definición de BIELSA: “conjunto de normas positivas y de principios de derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente contralor jurisdiccional de la Administración Pública”; ¹¹

^{6.11} BIELSA, *op. cit.*, t. I, 6ª ed., p. 37.

pero si bien el derecho administrativo francés tradicional se construyó especialmente sobre la noción de “servicio público”, han surgido otros temas de importancia que tienen una relación directa con aquélla: además de los mencionados, puede recordarse toda la teoría del *acto* y del *procedimiento administrativo*, de las autoridades administrativas independientes, las empresas estatales que no prestan servicios públicos sino que realizan actividades comerciales o industriales, de la protección de los usuarios y consumidores frente a quienes venden bienes o prestan servicios, especialmente si lo hacen en forma monopólica; la licitación pública, el control judicial de la administración, otros medios de contralor de la actividad del poder público y económico, el control de la corrupción. Por ello, si bien la noción de servicio público ha vuelto a ser fundamental después de las privatizaciones, no es en absoluto la única de la materia, y no justifica que se defina en base a ella al derecho administrativo.¹²

Por nuestra parte, la hemos considerado superflua cuando todos los servicios estaban en manos del Estado, pues era indiferenciable del resto de la función administrativa;¹³ luego de las privatizaciones, en que hay servicios que nuevamente vuelven a ser prestados por particulares, bajo concesión o licencia monopólica o exclusiva del Estado y sujeta al control de entes reguladores independientes de base constitucional, puede retomarse como parte del derecho administrativo actual la concepción preexistente a las nacionalizaciones,¹⁴ pero no por ello se justifica ordenar *todo* el derecho administrativo en torno a tal noción. Es más, la propia idea de monopolio o exclusividad

^{6.12} Confr. VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *op. cit.*, t. I, p. 55; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 138; REVIDATTI, *op. cit.*, ps. 104 a 108, etcétera.

^{6.13} Primera edición del t. 2, capítulo XIII.

^{6.14} *Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos*, en “La Ley”, t. 106, Buenos Aires, 1962, ps. 1187 y ss., reproducido en el libro *Estudios de derecho administrativo*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1963.

que era parte natural del concepto de servicio público está a su vez sometida a un proceso de evolución hacia la desmonopolización y la libre competencia.

7. *El derecho administrativo como ciencia o como conjunto de normas jurídicas*¹

7.1. *Derecho público y privado*

El derecho público (penal, tributario o fiscal, constitucional, etc.) se distingue del derecho privado (civil —obligaciones, contratos, sucesiones, familia—, comercial) en que en el primero se trata de relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares, o entre entes estatales entre sí.² Esto es así al menos en el derecho argentino, donde no hay actividad estatal que se halle sometida única y exclusivamente a normas de derecho común: cuando tales normas se aplican al Estado, están siempre modificadas o interconectadas con normas de derecho público, de forma tal que se integran al complejo normativo del derecho público. Ello ha llegado a ser así debido a que, generalmente, toda vez que el legislador o el juez han considerado una relación jurídica establecida entre el Estado y otro sujeto de derecho, se han inclinado a dar soluciones particulares antes que aplicar al pie de la letra la legislación común. Una consecuencia de esto es que en el derecho público hay a menudo una relación de *subordinación* (porque se le confiere al Estado una cierta superioridad jurídica sobre el particular, un número de atribuciones superiores a los derechos individuales del habi-

^{7.1} En igual sentido, más recientemente, NAVA NEGRETE, ALFONSO, *Derecho Administrativo Mexicano*, F.C.E., México, D.F., 1996, p. 13.

^{7.2} Comparar GARCÍA MAYNEZ, CARLOS, *Introducción al estudio del derecho*, México, 1944, ps. 130 y ss. Otras teorías son expuestas por VILLEGAS BASAVILBASO, t. I, ps. 63 y ss., y por SAYAGÜÉS LASO, *op. cit.*, ps. 17 y ss.; CIRNE LIMA, RUY, *Preparação à dogmática jurídica*, 2ª ed., Porto Alegre, 1958, ps. 27 a 41.

tante), a diferencia del derecho privado, en que es más frecuente la *coordinación*: los sujetos se encuentran allí en un plano de más igualdad. Esa diferencia de régimen tiene en parte por raíz sociológica que por lo general tales relaciones afectan el “interés público”, (“bien común”), o el “interés privado”, individual, respectivamente. Pero la distinción entre derecho público y privado no es *a priori*; no se trata de que las normas de derecho público tengan una estructura diferente de las del derecho privado, ni que matemáticamente unas y otras contemplen situaciones de interés general y de interés individual, sino tan sólo que las leyes que rigen las relaciones del Estado con los particulares van acumulando prerrogativas y privilegios para el Estado, y que algunos de los principios de tales leyes deben regular situaciones que no se dan sino en el caso del Estado: todo lo relativo a la organización, funcionamiento y actividad de los poderes públicos y el control de los servicios públicos monopolizados emplea principios diversos de los del derecho común. Esas prerrogativas y disposiciones peculiares constituyen un todo estructurado y regido por principios propios: las que empiezan siendo excepciones se tornan norma general, y así las reglas del derecho privado se ven desplazadas por aquéllas. Es lógico independizar metodológicamente a ese conjunto de principios correlativos y concordantes entre sí, que resultan discordantes y extraños al derecho privado.

7.2. *Los conceptos de fuente*

Tradicionalmente se distinguen las fuentes formales de las fuentes materiales del derecho. Las primeras serían aquellas que directamente pasan a constituir el derecho aplicable, y las segundas las que promueven u originan en sentido social-político a las primeras. Fuentes en sentido formal serían así los tratados, la Constitución, las leyes, los reglamentos; fuentes en sentido material la jurisprudencia, doctrina y costumbre. Algunos autores no distinguen entre uno y otro tipo de fuen-

tes,³ o agregan a los hechos como fuente formal;⁴ otros tratan directamente del régimen o del ordenamiento jurídico administrativo en lugar de “fuentes”. Esta cuestión debe vincularse con el concepto de derecho administrativo: si lo definimos como una rama del conocimiento (una disciplina; un saber) que analiza el régimen jurídico relativo al ejercicio de la función administrativa, las fuentes de la disciplina serán todas las normas y principios que integren dicho régimen jurídico; en otras palabras, las reglas y principios que sean imperativos. Si, en cambio, se prefiriese definir al derecho administrativo como el conjunto mismo de esas reglas y principios, no resultaría coherente expresar que la ley, por ejemplo, sea fuente del derecho administrativo, pues ello significaría que es fuente de sí misma;⁵ en este concepto del derecho administrativo no se podría hablar de fuente⁶ y lo que nosotros estudiamos aquí como “fuentes” debe analizarse bajo el nombre de “derecho administrativo objetivo”, ordenamiento o régimen jurídico administrativo, etc.⁷ Conceptuar el derecho administrativo de una u otra manera no tiene trascendencia; solamente debe cuidarse que la noción de fuente sea compatible con la de derecho administrativo.

^{7.3} BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, 6ª ed., Buenos Aires, 1964, t. I, p. 75.

^{7.4} JELLINEK, WALTER, *Verwaltungsrecht*, Berlín, 1931, ps. 125 y ss.; reimpresión de la 3ª ed., Offenburg, 1948, ps. 125/6.

^{7.5} ZANOBINI, *op. cit.*, p. 59.

^{7.6} Es decir, “fuente” en el sentido de condiciones sociales, económicas, etc., de un pueblo que originan que el legislador establezca nuevas normas. Ver SARRÍA, FÉLIX, *Derecho administrativo*, 4ª ed., t. I, Córdoba, República Argentina, 1950, ps. 172 y ss.

^{7.7} Como lo hace ZANOBINI, *op. cit.*, p. 60. No incurren en esta contradicción, y siguen el criterio del régimen u ordenamiento administrativo, BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, 4º ed., ps. 15 y ss.; DROMI, *op. cit.*, 4º ed., ps. 141 y ss.; VALLE FIGUEIREDO, LÚCIA, *Curso de direito administrativo*, 2º ed., Malheiros, San Pablo, 1995, p. 36; COSCULLUELA MONTANER, *op. cit.*, ps. 57 y ss.; BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, ps. 124 y ss. Mantiene el concepto de fuentes PARADA, *op. cit.*, ps. 29 y ss. En la doctrina española se puede encontrar el origen y desarrollo del criterio del ordenamiento, a partir de la doctrina italiana.

Si consideramos al derecho administrativo como una rama de la ciencia del derecho, sus fuentes serán aquellas normas y principios que integran el orden jurídico positivo; todo lo que pueda contribuir al nacimiento de una regla o principio imperativo, pero que no sea imperativo en sí mismo, es fuente en sentido material, social o político, pero no en sentido jurídico formal.⁸

Entre las fuentes incluimos a los principios jurídicos y principios generales del derecho, que suelen dar dificultades de interpretación en su confrontación con los textos normativos expresos. Por esa razón tienen importancia, aunque no sean fuentes en sentido formal sino material, la jurisprudencia, la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación y la doctrina en general, del derecho comparado incluso. Ellas ayudan a resolver el confronate entre el texto de las múltiples y cambiantes normas positivas de distinto grado jerárquico que integran el ordenamiento administrativo, con los principios superiores de interpretación del orden jurídico y la experiencia universal.

Conviene por fin señalar que hoy en día las fuentes pueden ser clasificadas con provecho en fuentes supranacionales y nacionales del derecho: mientras las segundas pueden ser adecuadas o modificadas por la sola voluntad nacional, las primeras dependen del consenso de las naciones y la única posibilidad del país es sumarse al proceso, participando en el debate y suscribiendo el tratado, o sustraerse a la comunidad internacional, lo cual no es siempre una opción fácilmente viable ni indolora, pues tiene claro costo económico-financiero (tasa de interés que el país paga, calificación de “riesgo de país”, flujo de inversiones, sanciones comerciales, etc.).

^{7.8} También puede decirse, en sentido similar, que las fuentes se clasifican en “directas” (las basadas en normas jurídicas positivas) e “indirectas” (las que no se basan en normas positivas). Así, MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1965, t. I, p. 197.

Entre las primeras, a su vez, estarán no solamente los textos escritos (los tratados internacionales de derechos humanos; las convenciones de regulación del comercio, medio ambiente, etc.; los convenios o acuerdos de integración; las normas sobre derecho del mar, etc.) sino también los principios jurídicos generales, la jurisprudencia internacional, las opiniones consultivas de los organismos supranacionales, el derecho comparado y la doctrina.

7.3. *El derecho administrativo como fuente y objeto de conocimiento*

Distinguimos pues al derecho administrativo en cuanto *rama del conocimiento*, y al derecho administrativo *como parte del orden jurídico positivo*, como *conjunto de normas jurídicas*.⁹

Así como al hablar del derecho civil podemos referirnos tanto al Código Civil y leyes complementarias, como a la disciplina que estudia las normas y principios de ese código y esas leyes, así también al hablar de derecho administrativo podemos pensar tanto en el conjunto de normas y principios constitucionales y supraconstitucionales, tratados, leyes administrativas y demás reglas que integran la *normación positiva*, el *régimen jurídico positivo* de la función administrativa, como en la *disciplina que los estudia*.

Dado que el conjunto de normas y principios que integran el régimen jurídico positivo del caso llega a nuestro conocimiento y valoración a través de su estudio y análisis y que, por lo tanto, nuestro primer contacto cognoscitivo se realiza con la disciplina que efectúa tal investigación, damos preferencia al

^{7.9} En tal sentido de LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité de droit administratif*, t. 1, 9ª ed. actualizada por VENEZIA, JEAN-CLAUDE y GAUDEMET, YVES, París, 1984, p. 12; REVIDATTI, por su parte, recoge esta distinción utilizando mayúsculas en el primer caso y minúsculas en el segundo, *Derecho administrativo*, tomo 1, Buenos Aires, 1984, ed. de la Fundación de Derecho Administrativo, especialmente ps. 94 y 95.

concepto de rama del conocimiento antes que al de *conjunto de normas positivas*.

El derecho administrativo se define pues, en primer lugar, como una disciplina o una rama de la ciencia del derecho. No creemos convenientes, en consecuencia, las definiciones que conceptúan al derecho administrativo como un “conjunto de normas y de principios de derecho público”,¹⁰ pues hacen prevalecer el carácter normativo antes que el aspecto cognoscitivo.¹¹ Definir al derecho administrativo como rama del conocimiento no significa que deje de usarse la segunda acepción como “conjunto de normas positivas”, pues la noción de “derecho” recibe casi siempre esa doble significación; ello no quita que al darse la definición *metodológica* deba efectuarse una opción semántica.¹² Así como nadie definiría al derecho civil como “el conjunto del Código Civil y sus leyes complementarias”, así tampoco es adecuado definir al derecho administrativo como un “conjunto de normas y de principios de derecho público”.

8. Definición de derecho administrativo

Por todo ello hemos definido al derecho administrativo como “la rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta”.

^{7.10} Así BIELSA, *Derecho administrativo*, 6ª ed., t. I, Buenos Aires, 1964, p. 37; VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1949, p. 77; MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1965, p. 149; DIEZ, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1963, p. 264.

^{7.11} Siguen nuestro criterio ALTAMIRA, PEDRO GUILLERMO, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1971, p. 10; DIEZ-HUTCHINSON, *Manual de derecho administrativo*, tomo 1, Buenos Aires, 1985, ed. Plus Ultra, p. 67; REVIDATTI, *op. cit.*, p. 130, en la doctrina argentina.

^{7.12} Comparar similar distinción en REVIDATTI, *op. cit.*, pág. 95, quien menciona “una forma de concebir el derecho administrativo” como “subsistema jurídico” y una forma “de definir el Derecho Administrativo” como “disciplina que estudia ese subsistema y que es parte de la Ciencia Jurídica”; ver también ps. 128 y 130.

Rama del derecho público: o sea, que es una rama del conocimiento o disciplina científica; dentro de la distinción entre derecho público y privado, forma parte del primero.

Que estudia el ejercicio de la función administrativa: debe recordarse aquí que función administrativa es toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales, como así también las funciones de poder jurídico o económico ejercidas por particulares merced a una potestad conferida por el Estado. Por lo tanto, el derecho administrativo estudia *toda* la actividad que realizan órganos estructurados jerárquicamente o dependientes de un poder superior, y *también* la actividad del Congreso que no sea materialmente legislativa, y de órganos independientes (jueces) que no sea materialmente jurisdiccional. Estudia también la actividad de los órganos y entes administrativos independientes como el Defensor del Pueblo, la Auditoría General de la Nación, el Consejo de la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento, etc.

Igualmente corresponde al derecho administrativo el estudio del ejercicio de la función administrativa, cuando ésta aparece otorgada a entidades o instituciones privadas o públicas no estatales; en tales casos, con todo, la aplicación del derecho administrativo se limita a los aspectos que constituyen aplicación o ejercicio estricto de dicha función.¹ En tales supuestos aparece el régimen jurídico administrativo y los órganos propios de éste a través de la intervención de los entes reguladores, del Defensor del Pueblo, y aparecen también los remedios jurisdiccionales otorgados a los usuarios y consumidores por

^{8.1} Ampliar *infra*, tomo 3, *El acto administrativo*, 3ª ed., 1979, capítulo I, puntos 11 y 12, ps. I-15 a I-26. Para una explicación analítica del concepto y alcances de las tres funciones del Estado, ver *infra*, capítulo IX.

los artículos 41, 42 y 43 de la Constitución, que incluyen la acción de amparo y *a fortiori* la acción ordinaria (y la acción sumarísima de la ley de defensa del consumidor) para la defensa de los derechos de incidencia colectiva, la tutela del derecho subjetivo a un medio ambiente, la protección de los intereses económicos de los usuarios frente a los monopolios naturales o legales, el derecho a la elección y a la información, etcétera.

Al analizar el ejercicio de la función administrativa, se estudia no sólo la actividad administrativa en sí misma, sino también quién la ejerce (organización administrativa, agentes públicos, entidades estatales, etc.), qué formas reviste (actos administrativos, reglamentos, contratos, etc.), el procedimiento que utiliza, de qué medios se sirve (dominio público y privado del Estado), en qué atribuciones se fundamenta (“poder de policía”, facultades regladas y discrecionales de la administración, etc.), y qué controles y límites tiene (recursos administrativos y judiciales, otros órganos y medios de control, responsabilidad del Estado, sus agentes y concesionarios o licenciarios, etc.).

Y la protección judicial existente contra ésta: una de las notas diferenciales entre el derecho administrativo totalitario y el del Estado de Derecho, consiste en que este último considera esencial la protección judicial del particular frente al ejercicio ilegal o abusivo de la función administrativa, dando una especial protección al individuo para compensar así las amplias atribuciones que se otorgan a la administración, y remarcando el necesario control sobre la actividad administrativa, sin dejar zonas o actos excluidos del mismo.

Ello no obsta, desde luego, a la necesaria existencia de muchos otros órganos y procedimientos complementarios de contralor, que comentamos en diversas partes de esta obra.²

^{8.2} Ver capítulos II, III, XII y XV y nuestros ya citados libros *Problemas del control de la administración pública en América Latina*; *La Administración paralela*; *Participation in Latin America*; y el artículo *An Ombudsman for Argentina: Yes, but...*, *op. cit.*